

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Yopal, veintiuno (21) de mayo de dos mil quince (2015)

Ref.: NRD Laboral. Fallo. Alta gerencia entidades descentralizadas y desconcentradas nacionales. Facultad restringida para nombrar gerentes. Libre remoción. Desviación de poder y carga de la prueba. Testimonios de oídas: atribución de actuaciones irregulares de terceros. Publicaciones de prensa: alcance probatorio y valoración restrictiva.

Demandante:	ÉDGAR ALFONSO OVALLE OVALLE
Demandado:	INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO (ICA)
Radicado:	850013333-001-2013-00121-01 (interno 2015-00021)
Juzgado de Origen:	Juzgado Primero Administrativo de Yopal
Fecha decisión:	11-XII-2014

Magistrado Ponente: NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ

ASUNTO POR RESOLVER

Se profiere sentencia de segunda instancia en el ordinario de restablecimiento del derecho de la referencia en el cual se controvierte la declaración de insubsistencia de un gerente seccional del ICA en Casanare; promueve la alzada la parte actora contra la sentencia desestimatoria.

HECHOS RELEVANTES

El señor Édgar Alfonso Ovalle Ovalle a través de la Resolución 000674 del 15 de febrero de 2010 (fol. 19) fue nombrado¹ gerente seccional Casanare del Instituto Colombiano Agropecuario ICA y tomó posesión del cargo ese mismo día (acta de posesión 232, fol. 18).

Fue declarado insubsistente su nombramiento mediante Resolución 005144 del 27 de noviembre de 2012, acto notificado al día siguiente (fol. 12 y 13) y remplazado por *encargo* a un servidor de la entidad, de carrera administrativa. Se invocó como fundamento el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, por ser un empleo de libre nombramiento y remoción.

EL ASUNTO LITIGIOSO

Las partes concuerdan en que el demandante desempeñó el cargo de gerente seccional del ICA en Casanare, empleo de libre nombramiento y remoción para el que fue *seleccionado* en un concurso de méritos de *alta gerencia estatal*, sin que por ello se modificara su situación administrativa ni la naturaleza de la vinculación.

¹ Medió concurso con el fin de conformar la lista de candidatos a la terna para la designación del cargo.

Por el contrario, discrepan acerca de los *motivos determinantes* del retiro del servicio; para la autoridad nominadora se trató del ejercicio de la potestad inherente a ella, sin más explicaciones. Y para el demandante, de típica *desviación de poder* constituida por *hechos partidistas* presuntamente provocados por un parlamentario de Casanare. Además, en la primera instancia se ocupó de *vicio de forma* por falta de motivación del acto acusado.

DECISIÓN RECURRIDA

El Juzgado Primero Administrativo de Yopal profirió sentencia desestimatoria el 11 de diciembre de 2014 (fol. 571). Con apoyo legal² y jurisprudencial³ sobre la naturaleza de los cargos de libre nombramiento y remoción y el ejercicio de la facultad discrecional, concluyó que las pretensiones debían negarse y declarar probadas las excepciones planteadas (presunción de legalidad de la Resolución 005144 de 2012 e inexistencia de causal de nulidad del acto administrativo acusado).

Argumentó que: i) la prueba oral recaudada no fue espontánea, se trató de testimonios de oídas que no son fuente directa de conocimiento de los hechos objeto de litigio, ii) no se acreditó que la insubsistencia del demandante haya obedecido a cuestiones políticas; su cargo fue ocupado por una persona de carrera administrativa que contaba con el perfil y experiencia requeridos, iii) varios testigos dieron fe de la buena labor desempeñada en la entidad por el demandante; no obstante, es lo que debe hacerse en cumplimiento de las funciones que el ejercicio del cargo demanda y ello no es suficiente para predicar del acto censurado desviación de poder o falta o falsa motivación.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte actora apeló la sentencia (fol. 581). Sostuvo que el *despido* del demandante obedeció a "segregación política" y por la solicitud que hizo el representante Camilo Abril a la dirección general del ICA, circunstancia que considera se acreditó con la prueba documental y testimonial recaudada en el proceso, entre otros los documentos aportados por el testigo Oliveros Gutiérrez.

Censuró que el a-quo no analizó el cargo relativo al art. 3º de la Ley 13 de 1972 y que el estudio de la violación del artículo 125 de la Constitución Política fue superficial y tampoco dio traslado de las evidencias a la autoridad penal, para que se investigue eventual tráfico de influencias atribuido al excongresista.

ACTUACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

El proceso quedó a disposición del sustanciador el 18 de febrero de 2015; se admitió al día siguiente y se dispuso correr traslado para alegar por escrito el 2 de marzo de ese mismo año (fol. 6 c. 2ª instancia); las partes concurrieron y el agente del Ministerio Público guardó silencio. Entró en turno para fallo el 10 de abril de 2015 (fol. 63 c. 2ª).

Alegatos de conclusión

Parte actora (fol. 53). Reiteró los argumentos de la alzada y resaltó apartes de las declaraciones rendidas por Nelson Riveros, Zaida Gisela Zambrano, Julio César Oliveros y Daniel Fonseca con las cuales considera se acredita la desviación de poder alegada, esto es, la "segregación política" encaminada a nombrar en su remplazo a un amigo del representante a la Cámara, Camilo Abril y el desmejoramiento del servicio prestado por el ICA en Casanare.

² Constitución Política, art. 122 y 125; Decreto 1950 de 1973, art. 107 y Ley 909 de 2004, art. 5.

³ Consejo de Estado, sentencia del 2 de diciembre de 2010, ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicado 150012331000-2003-02831-01. Sentencia de 17 de mayo de 2012, ponente Luis Rafael Vergara Quintero, radicado 050012331000-2001-00475-01.

Entidad demandada (fol. 8 a 22). Solicitó confirmar la sentencia apelada y, en extenso, se limitó a reproducir los alegatos de conclusión presentados en primera instancia. Agregó que el a-quo hizo un estudio ponderado de las causas y antecedentes que dieron origen a la litis y concluyó que el acto acusado fue legal ya que los cargos de libre nombramiento y remoción son de confianza y la desvinculación de los mismos difiere de los de carrera, pues en cualquier momento puede declararse su insubsistencia sin necesidad de motivar el acto acorde a la facultar del Estado de nombrar y remover libremente esos empleados con el fin de mejorar el servicio.

El agente del Ministerio Público guardó silencio.

CONSIDERACIONES DE FONDO

1ª Control instrumental. Examinado el ritual según lo ordenado en el art. 132 del C. G. del P, en armonía con el art. 29 de la Carta, se ha encontrado acorde al ordenamiento procesal. La competencia es privativa del Tribunal para desatar la segunda instancia de un fallo que proviene de un juzgado de su Distrito.

La demanda fue dirigida contra la Nación y el ICA; así se admitió sin rigor técnico (fol. 60) y se ordenaron y surtieron las pertinentes notificaciones (fol. 63). La Nación compareció, contestó la demanda (fol. 372), se calificó como respuesta tardía (fol. 402), auto recurrido (fol. 405) y confirmado (fol. 429).

La sentencia recurrida omitió pronunciamiento respecto de la Nación; nadie se ocupó de ello en esa instancia, ni ante el Tribunal, pese a su ostensible falta absoluta de legitimación material en la causa por pasiva. No obstante, como no es objeto de la alzada y se confirmará el fallo desestimatorio, nada se dispondrá.

2ª Alcances del recurso y espectro analítico del fallo. La parte actora, recurrente único, censuró concretamente los siguientes aspectos:

- i) No haberse estudiado el cargo relativo al art. 3º de la Ley 13 de 1972 ni con profundidad suficiente la violación del art. 125 de la Carta;
- ii) Falta de estudio integral de las pruebas que demuestran la "segregación política", esto es, la injerencia de un congresista de Casanare ante la dirección general del ICA para provocar el retiro del demandante, arista en la que enfatiza que no fueron adecuadamente valorados los testimonios, los documentos aportados por dicha parte ni los que entregó el testigo Oliveros Gutiérrez; y
- iii) No resolverse la solicitud del Ministerio Público de dar traslado de las evidencias a la autoridad penal, para que se investigue eventual tráfico de influencias atribuido al excongresista Camilo Abril Tarache.

De ello se ocupará la Sala con la precisión que sigue, sin adentrarse en la discusión jurídica que atañe a la omisión de anotación de los motivos de la desvinculación en la hoja de vida, aspecto que el a-quo examinó detalladamente con vista en la jurisprudencia y que en alegatos de conclusión el apelante expresamente enfatizó resulta ahora irrelevante, porque a su juicio se probó la desviación de poder.

2.1 Reforma tardía de la demanda. En la sustentación de la apelación y en su intervención ante la Corporación se introdujo un *cargo nuevo*: presunta violación del art. 3º de la Ley 13 de 1972. Bastaría indicar que la garantía constitucional del debido proceso (art. 29) en principio obliga a

que *todas* las imputaciones se revelen en la demanda para dar a la parte contraria oportunidad de defensa efectiva; el procedimiento define cuándo y cómo puede reformarse el libelo, por una sola vez (art. 173 CPACA) y solo excepcionalmente, en guarda de derechos fundamentales, podrá el juez desbordar la teoría de caso expuesta por los sujetos procesales.

A ello es pertinente agregar, por mera pedagogía judicial, que la Ley 13 de 1972⁴ prohibió discriminar a los aspirantes a empleos por razones de filiación política, entre otras⁵, con sanción de *nulidad* para el *despido*⁶ de servidores públicos de libre nombramiento y remoción cuando sea motivada por ellas; esto es, nada diferente a lo que está consagrado expresamente en el art. 137 del CPACA como causal de nulidad de actos administrativos por *desviación de poder*, profusamente desarrollada por la jurisprudencia, sin que sea necesario ocuparse de la vigencia de aquella ley en ese preciso contexto⁷, ni del obstáculo técnico anunciado en precedencia.

3ª PROBLEMAS JURÍDICOS. MARCO ABSTRACTO

3.1 Desviación de poder. Concepto y régimen probatorio. Reiteración.

3.1.1 Se consignarán inicialmente algunos de los lineamientos que decantada jurisprudencia ha desarrollado en torno a esta causal de anulación, su núcleo esencial y las consecuencias que se derivan en términos de carga probatoria de la tensión entre la presunción de legalidad del acto acusado y su ataque por presunta desviación de los *finés* de las diversas competencias públicas.

De ello se ocupó la Sala en vigencia del C.C.A., así:

Desviación de poder: identificación, revelación y prueba de los motivos y fines ocultos

Aún las decisiones relativamente discrecionales deben obedecer a unos *motivos determinantes*, derivados de *hechos ciertos* y orientarse a cumplir los *finés legítimos* que les asigna el ordenamiento jurídico; es el postulado esencial del art. 36 del C.C.A., acorde con la razón de ser de la función pública (art. 209 C.P.), en un estado de derecho en el que todas las autoridades están sometidas al sistema de fuentes.

El art. 177 del Código de Procedimiento Civil constituye el principio legislado general que orienta al juez para deducir las consecuencias de la actividad probatoria de las partes, en especial cuando es insuficiente para ofrecer *razonable certeza* sobre la realidad que se reconstruye en un juicio. Literalmente acogido, en el espectro de la presunción de legalidad que impone cargas específicas de argumentación a quien demanda un acto administrativo, supondría que *en todos los casos* quien aduce que la actuación de

⁴ Por la cual se prohíbe la segregación de los ciudadanos para obtener empleo.

⁵ **Ley 13 de 1972.** ARTÍCULO 1º. En los formularios o cartas para solicitud de empleo tanto en los organismos oficiales o semioficiales como en el sector privado, no podrá exigirse la inclusión de datos acerca del estado civil de las personas, del número de hijos que tenga, la religión que profesen o el partido político al cual pertenezcan, salvo en este último caso de empleos o cargos para los cuales sea indispensable tener en cuenta la partida y mientras exista.

⁶ ARTÍCULO 3º. El patrono oficial, semioficial o privado que despidiera a un trabajador por cualquiera de las causales enumeradas en el artículo 1º, aparte de las consecuencias jurídicas contempladas en las disposiciones laborales para el caso de despido injusto, se hará acreedor a las sanciones que prevee el artículo 2º. Cuando se trata de despidos relacionados con cargos de libre nombramiento y remoción, dicho despido estaría viciado de nulidad. (Sic).

⁷ Otros matices del *habeas data* respecto de hoja de vida de servidores públicos y contratistas estatales, afines a la regulación de la Ley 13 de 1972, se estudiaron por la Corte Constitucional en las sentencias C-326 y C-567 de 1997, que se ocuparon de la Ley 190.

autoridad se apartó del orden jurídico, tenga que demostrar todos y cada uno de los supuestos fácticos de la acusación.

Pero la solución general no siempre sirve a los fines constitucionalmente legítimos, de someter el ejercicio de la potestad nominadora a la ley y preservar las garantías laborales de los servidores públicos; la jurisprudencia ha reinterpretado la fuente para distribuir la carga de probar en consideración a la respuesta que se ofrezca al interrogante *¿quién estuvo en mejor posición procesal para probar?*, a título de asignación de *cargas dinámicas*, para acentuar el control judicial sobre las áreas sinuosas de la actividad pública que se mantenían a cubierto en la concepción tradicional: entre ellas, en primera línea, la desvinculación de empleados públicos por *decisión discrecional* por motivos de partija burocrática partidista, por la dificultad técnica de probar los cargos de desviación de poder.

(...) Desde luego, la *carga dinámica* tampoco exime al actor de específicos deberes probatorios: si aduce que hubo un motivo oculto, contrario al servicio, no le basta el *argumento* genérico, pues tendrá que *identificar* cuál fue, en qué *hechos* se funda la acusación y *demostrarlos*; la inferencia de los *finés* contrarios al ordenamiento, regularmente, corresponderá hacerla al juez a partir de las demostraciones de las dos partes, pues el que asigna el sistema de fuentes se deduce de su lectura con las técnicas de interpretación, pero el que haya guardado *in pectori* el titular de la potestad nominadora difícilmente aflora en juicio, menos por prueba directa, pues ni siquiera se le puede provocar la de confesión.

Las conclusiones que preceden se sustentan en tres postulados adicionales de igual valía, que armonizan algunas de las tensiones entre las posiciones de los órganos de cierre:

- Puesto que los empleados en provisionalidad no tienen las garantías de estabilidad propias de los inscritos en el escalafón de servidores públicos de carrera, la Administración puede prescindir fundadamente de sus servicios, como también puede hacerlo con los de libre nombramiento y remoción, sin que esté obligada a motivar el acto de desvinculación⁸;
- Como los empleos de carrera son funcional y jerárquicamente diferentes a los de libre provisión, contraria a los fines constitucionales que subyacen a la facultad nominadora correr periódicamente la partija burocrática para prescindir de unos provisionales, con el único propósito de abrir cupo a otros con la misma precariedad⁹, sin más razones que redistribuir la cuota burocrática conforme a los requerimientos de quienes triunfan en los certámenes electorales, o los de sus aliados en esas empresas.

Idéntica proscripción puede predicarse de los empleados de libre nombramiento, pues en ambas hipótesis se aborda la problemática en sede de desviación de poder¹⁰. Con mayor razón, cuando la provisionalidad es un estado irregular de cosas, que no debe tornarse permanente y que ha de cesar naturalmente con la designación de un servidor estable *en periodo de prueba*, con vocación de carrera¹¹; y

- Respecto de las cargas probatorias, si la autoridad nominadora estima necesario prescindir de los servicios de un *provisional*, por razones atinentes a su desempeño funcional, o por otras compatibles con los fines constitucionales de la función pública (art. 209 C.P.), tiene dos opciones instrumentales: *deja memoria de los motivos en el acto mismo o en sus antecedentes*, caso en el cual activa la protección de la presunción de legalidad, que gravará al demandante con mayor rigor en la carga de la prueba; o los mantiene *in pectori*, en sede administrativa ocultos al interesado, con la obligación de revelarlos y probarlos en juicio, pues está en mejor condición para demostrarlos (núcleo esencial de la distribución dinámica)¹² [...] ¹³.

⁸ Corresponde a la tradición jurídica de la Sección Segunda.

⁹ Proviene de una de las líneas de la Corte Constitucional, que dio pie a formular su tesis de la estabilidad relativa.

¹⁰ Vuelve a la jurisprudencia tradicional del Consejo de Estado.

¹¹ Regresa a la tendencia de la Corte Constitucional.

¹² Constituye el *paso adelante* que ha dado el Tribunal en esta problemática; concilia lo que parecen diferencias irreductibles en las Cortes y aplica uno de los efectos de la línea constitucional: los *motivos de buen servicio* deben evidenciarse en el escenario judicial, para desplegar el control de legalidad, pues lo *discrecional* es diferente de lo *arbitrario*.

¹³ El fragmento corresponde a la línea de fallos estimatorios que conformó el Tribunal con relación a la pluralidad de insubsistencias ocurridas en la Contraloría de Casanare; se trató de empleados en provisionalidad en cargos que debían estructurarse como de carrera. Ver, por ejemplo, la sentencia del 23 de julio de 2008, ponente Néstor Trujillo González, expediente 2004-01995-01, de la que se tomó la cita.

3.1.2 La cita que antecede tiene el propósito de abrir el espectro de la discusión; significativos desarrollos normativos y pretorianos posteriores requerirán afinación de las premisas, pues no se trata de invocar analogías cerradas donde no pueden siquiera existir.

Así, la primera diferenciación protuberante tiene que provenir de la naturaleza del vínculo; no todo aquello que se predica del servidor en provisionalidad en empleo de carrera aplica al de libre nombramiento y remoción, ni lo contrario; la Sala se concentrará en lo sucesivo en los segundos.

La técnica de distribución dinámica de la carga de prueba recibió expresa consagración en el art. 167 del C. G. del P., de una manera que atenúa el rigor del antiguo precepto (art. 177 del C. de P.C.) y que delimita cuándo y cómo desplegarla el juez, a la vez que equilibra a las partes en contienda, pues les ofrece valiosa oportunidad de contraprobar.

3.1.3 El núcleo esencial dogmático de la *desviación de poder* aludido en precedencia orienta lo que vendrá en la cadena de argumentación: se enjuicia un acto *sin motivación* explícita, o uno que la expuso expresamente o del cual se consignó en las memorias preparatorias de la decisión; ese acto llega al proceso, por regla general, con la garantía de presumirse su conformidad con el sistema de fuentes; quien pretenda desvirtuar la presunción, tiene que identificar los *motivos ocultos*, *probarlos* salvo eventos de distribución dinámica oportunamente desplegados en el juzgamiento y *contrastarlos con los fines* autorizados por el ordenamiento, para que el juez pueda realizar la pertinente ponderación.

Luego si quien acusa se limita a *decir* que la autoridad contrarió los fines de la ley sin imputación concreta, o se queda en la descripción de los *hechos* constitutivos de los *motivos ocultos*, sin validación probatoria, estéril se tornará la discusión meramente discursiva. La vehemencia de la alegación no suplirá la carencia de prueba de las premisas fácticas que debieron precederla.

3.1.4 Ya se anunció al fijar el espectro de la alzada que la polémica relativa a la omisión de motivación y a la falta de anotación de los motivos del acto en la hoja de vida del demandante fue dejada de lado por quien recurre. No sobra agregar, a título de *obiter* pedagógico, que la sanción legal prevista en el art. 26 del Decreto 2400 de 1968¹⁴ ha perdido vigencia en lo que

¹⁴ ARTÍCULO 26. El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. **Sin embargo, deberá dejarse constancia**

atañe a cargos de libre remoción e incluso en el pasado tuvo diversas lecturas en la jurisprudencia. En efecto: esta Corporación ya ha vislumbrado tanto el péndulo pretoriano al que se alude, como la modificación estructural que introdujo la Ley 909, así:

Por otra parte, ha de señalarse que la Sala conoce la evolución, a veces pendular, de la jurisprudencia administrativa en torno a los artículos 26 y 61 del D.L. 2400 de 1968; el demandante citó apenas una de sus múltiples manifestaciones, sin técnica ni contexto histórico, pues bien se sabe que la argumentación jurídica y judicial contemporáneas reconocen una disciplina de conformación de *líneas* en las que deben reconocerse cuáles son los elementos dogmáticos constantes y las analogías o disanalogías fácticas y conceptuales, antes de predicar que una determinada tendencia de la judicatura ha de extenderse a otros casos que parecen semejantes. Antes de promulgarse la Ley 909 de 2004 ya existían interpretaciones diversas, usualmente orientadas a desechar los cargos de nulidad por vicio de forma, cuando la autoridad nominadora omitía la anotación de los motivos de una insubsistencia de un servidor de *libre remoción* en el acto mismo o en la respectiva hoja de vida¹⁵.

Pero en lo que concierne al caso concreto, basta tener de presente el párrafo 2º del art. 41 de la Ley 909 de 2004¹⁶ para identificar una modificación del sistema de fuentes que resolvió por el legislador la controversia doctrinaria y judicial: para remover a esos jerarcas y funcionarios de dirección de los entes y organismos públicos, no se requiere expresar ni asentar motivos en parte alguna¹⁷. La discrecionalidad adquiere así una mayor flexibilidad, que desde luego no puede confundirse con la *arbitrariedad*, según las precisiones de la jurisprudencia constitucional¹⁸.

En consecuencia, no se acogerán los matices de la acusación que, bajo el ropaje de desviación de poder, en realidad se orientan a construir un vicio de forma, por pretermisión de supuestas obligaciones de motivar el acto acusado, o de consignar sus motivos determinantes en la hoja de servicios del demandante¹⁹.

3.2 PJ2 Nombramiento reglado y discrecionalidad del retiro ¿Confieren los procesos de selección reglada que limitan nombramientos de funcionarios de alta gerencia del Estado garantías de estabilidad relativa comparables con las que el sistema de fuentes otorga a los titulares de carrera?

3.2.1 Tesis: No. La Carta dispuso la participación de los gobernadores en la provisión de ciertos empleos nacionales desconcentrados (art. 305-13) y el legislador adicionalmente

del hecho y de las causas que no lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida. Los nombramientos de empleados de carrera sólo podrán ser declarados insubsistentes por los motivos y mediante los procedimientos establecidos en la ley o reglamento que regule la respectiva carrera. La declaración de insubsistencia conlleva la pérdida de los derechos del funcionario de carrera.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-734 de 2000, V. Naranjo. En la jurisprudencia administrativa, en el sentido que invocó el a-quo (*no hay causal de nulidad del acto de desvinculación por falta de motivación o de constancia de los motivos en la hoja de vida*), ver: CE, Pleno de Sección 2ª, sentencia del 12 de febrero de 2004, A. M. Olaya, e110010325000-2001-0207-01(3016-01) y CE, 2ª-B, sentencia del 23 de octubre de 2003, A. Ordóñez, e250002325000-1999-6194-01(4708-02)..

¹⁶ "La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado".

¹⁷ Ni siquiera el cumplimiento de los "acuerdos de gestión" con los gerentes públicos excluye la remoción discrecional (Ley 909, párrafo del art. 50).

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-179 de 2006, 8 de marzo, A. Beltrán.

¹⁹ TAC, sentencia del 13 de mayo de 2010, ponente Néstor Trujillo González, radicación 850013331002-2008-00017-02. En similar dirección, TAC sentencia del 23 de febrero de 2012, radicación 150013133007200-2002-00572-01 (procesos de Boyacá).

introdujo estándares de *meritocracia* para alta gerencia pública (Ley 909, art. 47); esas restricciones atañen al *nombramiento*, pero no confieren estabilidad relativa alguna al empleado de libre remoción.

3.2.2 Frente a un debate con relativa analogía al actual, señaló la Sala:

Nombramiento y remoción en el SENA. Es pertinente asentar en primer lugar que en virtud de expresa disposición adoptada para el SENA en cumplimiento del numeral 13 del art. 305 de la Constitución, aunque el *nombramiento* requiere de la anuencia de dos voluntades, la del director general y la del gobernador, no ocurre lo mismo con la *remoción*, pues esa potestad se atribuyó exclusivamente a la autoridad nominadora, sin intervención de las regionales (Ley 119 de 1994, art. 20). Esa solución legislada la explicó la Corte Constitucional como una armonización de la descentralización territorial con la necesaria coordinación entre los poderes nacionales y las regiones; de ahí que en la sentencia C-295 de 1995 (A. Barrera), que declaró inexecutable la expresión "libre" que calificaba al *nombramiento*, en cambio preservó esa misma libertad para los actos de retiro del servicio²⁰.

La sentencia C-295 de 1995 explicó la *ratio* de la *libertad de remoción*, pese a la forzosa intervención de la autoridad territorial para *nombrar*, así:

En conclusión, el gobernador no nombra el agente regional de los establecimientos públicos nacionales, pero el representante general de estos organismos tampoco puede hacer la designación o el nombramiento si no recibe previamente del gobernador el nombre del candidato que ha escogido. Ello resulta del tenor literal de la disposición referida, como del examen lógico de la estructura jurídico-administrativa en que se encuadra el establecimiento público, al cual corresponde dentro de la autonomía que le es propia lo relativo a la administración y al manejo de su personal, pues el tipo de relación que surge en relación con la intervención del gobernador para escoger a dichos funcionarios, obedece más que todo a la idea de participación de la región en el desarrollo de las actividades de los organismos nacionales y de coordinación de los servicios que prestan los establecimientos de los departamentos, antes que a un fenómeno de subordinación jerárquica de aquéllos a éstos.

[...] De esta manera se puede afirmar que el nombramiento de un director regional de establecimiento público no es libre, por parte del director, gerente o presidente del establecimiento, aun cuando si le compete su postulación, a través de las ternas que se le presentan al gobernador, y su nombramiento. Pero se advierte que la remoción de los directores regionales por el Director General sí es libre.

- La norma acusada del artículo 21 en parte alguna recoge el mandato constitucional de que la escogencia del director regional es responsabilidad del respectivo gobernador, pues la norma omite tal determinación. La situación da pie para que se entienda, al armonizar los dos textos legales, que los directores regionales de establecimientos públicos nacionales se nombran libremente por el Director General, seleccionándolos de las ternas que le presenten los directores regionales. Por este camino indudablemente se viola tanto el art. 305-13, como el numeral 2 del artículo 287 de la Carta, pues desconoce al gobernador como representante de la entidad territorial el derecho a ejercer las competencias que les corresponde a ésta. Además, dicha norma limita la facultad que tiene el Director General del SENA para hacer la postulación de los candidatos, mediante las ternas que debe presentar al gobernador, cuando dispone que son los consejos regionales respectivos los que elaboran las ternas.

Para la Corte, la intención que revelan las normas demandadas no es otra que la de excluir al gobernador de la "escogencia" de los gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos,

²⁰ TAC, sentencia del 13 de mayo de 2010, ponente Néstor Trujillo González, radicación 850013331002-2008-00017-02.

pues de no ser así, sus textos se habrían redactado con la claridad y precisión debidas, dando a entender sin ambages que el gobernador participa en la escogencia de los referidos funcionarios, aún cuando su nombramiento finalmente corresponde al director general del establecimiento público.

En razón de lo anotado, se declarará inexecutable la expresión "libre" del art. 20, con la advertencia que se consignará en la parte resolutive²¹.

3.2.3 El art. 125 de la Carta Política²² establece los lineamientos esenciales del régimen de los empleos públicos, diferencia nítidamente los de libre nombramiento y remoción respecto de los de carrera, prohíbe categóricamente acudir al factor de filiación política para nombrar, promover o desvincular *titulares de carrera* y prescribe la regla supletoria del *concurso de méritos* para proveer todos, si el legislador dentro del margen de relativa libertad de configuración no ha dispuesto otro mecanismo de selección.

Luego es infundado inferir de ese precepto que la *meritocracia* aplicada a la fase de *nombramiento* de funcionarios de alta gerencia pública les confiera *estabilidad* o derecho a permanecer en sus destinos salvo mala conducta u otras contingencias propias de los titulares de carrera o de periodo fijo.

3.2.4 En una perspectiva que concuerda con la arista de la *restricción para nombrar* y con la *libertad para remover* funcionarios de la alta gerencia pública, la Ley 909 de 2004 adoptó las siguientes disposiciones:

Artículo 23. Clases de nombramientos. Los nombramientos serán ordinarios, en periodo de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.

Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley.

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-295 de 1995, Antonio Barrera Carbonell. *Dispuso: PRIMERO: Declarar INEXEQUIBLE la expresión "libre" del inciso primero del artículo 20 de la ley 119 de 1994 "por la cual se reestructura el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, se deroga el decreto 2149 de 1992 y se dictan otras disposiciones", con la ADVERTENCIA de que los directores regionales del SENA son de libre remoción del Director General.* (Sic).

²² **ARTÍCULO 125.** Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un **empleo de carrera**, su ascenso o remoción.

Los empleos de carrera administrativa se proveerán en periodo de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley.

Artículo 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;

[...] **Parágrafo 2º.** Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.

Artículo 47. Empleos de naturaleza gerencial.

1. Los cargos que conlleven ejercicio de responsabilidad directiva en la administración pública de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial tendrán, a efectos de la presente ley, el carácter de empleos de gerencia pública.

2. Los cargos de gerencia pública son de libre nombramiento y remoción. No obstante, en la provisión de tales empleos, sin perjuicio de las facultades discrecionales inherentes a su naturaleza, los nominadores deberán sujetarse a las previsiones establecidas en el presente título.

3. La gerencia pública comprende todos los empleos del nivel directivo de las entidades y organismos a los cuales se les aplica la presente ley, diferentes de:

a) En el nivel nacional a aquellos cuya nominación dependa del Presidente de la República;

b) En el nivel territorial, a los empleos de secretarios de despacho, de director, gerente; rector de Institución de Educación Superior distinta a los entes universitarios autónomos.

Estos empleos comportan responsabilidad por la gestión y por un conjunto de funciones cuyo ejercicio y resultados son posibles de ser medidos y evaluados.

Artículo 50. Acuerdos de gestión.

1. Una vez nombrado el gerente público, de manera concertada con su superior jerárquico, determinará los objetivos a cumplir.

2. El acuerdo de gestión concretará los compromisos adoptados por el gerente público con su superior y describirá los resultados esperados en términos de cantidad y calidad. En el acuerdo de gestión se identificarán los indicadores y los medios de verificación de estos indicadores.

3. El acuerdo de gestión será evaluado por el superior jerárquico en el término máximo de tres (3) meses después de acabar el ejercicio, según el grado de cumplimiento de objetivos. La evaluación se hará por escrito y se dejará constancia del grado de cumplimiento de los objetivos.

4. El Departamento Administrativo de la Función Pública apoyará a las distintas autoridades de las respectivas entidades públicas para garantizar la implantación del sistema. A tal efecto, podrá diseñar las metodologías e instrumentos que considere oportunos.

Parágrafo. Es deber de los Gerentes Públicos cumplir los acuerdos de gestión, sin que esto afecte la discrecionalidad para su retiro.

Ninguna de ellas extendió a los aludidos funcionarios de alta dirección garantías de *carrera* ni los *méritos* que se hayan presuntamente constatado para vincularlos constituyen derechos subjetivos a la permanencia en el servicio; tampoco restricciones a la facultad de *libre remoción*. El *buen desempeño* es un *deber*, no la fuente de inexistente estabilidad relativa del servidor público que ocupa esa especie de empleos.

3.2.5 Múltiples variables pueden incidir en la *decisión legítima* de la autoridad nominadora que estime necesario prescindir de alguno de ellos pese a desempeño satisfactorio, en virtud de una *percepción de confianza calificada* por ejemplo, a saber:

Esa ponderación de la confianza especial que debe *sentir* el jefe del organismo respecto de sus asesores más inmediatos, tiene un núcleo relativamente discrecional pues en la misma medida en que la dirección y la responsabilidad recaen sobre el *jerarca* o máximo ejecutivo de la entidad, se le reconoce la opción de seleccionar [a] sus colaboradores cercanos, en quienes ha de encontrar no solo competencia o capacidad profesional, sino también aspectos actitudinales, como la coincidencia en la visión del servicio y plena aceptación del programa de gestión que el nuevo directivo pretenda desarrollar. Si no le asiste una percepción positiva de quien realizaba esas labores en el pasado, no se le puede forzar a mantenerlo en la alta dirección del órgano de control, sin que por ello pueda entenderse que se demerita a la persona removida²³.

La afinidad política y el compromiso con una determinada visión de la *misión* institucional y la forma de concebir y aplicar las políticas públicas también puede ser fundado motivo para prescindir de un *buen* servidor de alta gerencia, para sustituirlo por otro que el nominador perciba más acorde a los lineamientos que desea imprimir al servicio; así lo dijo la Corporación en otra ocasión:

Debe resaltarse que se trató de un funcionario de la alta dirección, de libre nombramiento y remoción, en cuya función era inherente participar en la definición de las políticas institucionales, de quien el nominador y, por supuesto, también la alcaldesa, podían esperar el máximo grado de confianza, afinidad en la concepción de la misión y de las actividades de la organización. Con un representante legal *de salida*, no era de extrañar que pretendiera conformarse el grupo de subgerentes con titulares afines o cercanos a la "nueva administración" de la ciudad, pues eran ellos los que tenían vocación de quedarse coadyuvando en la orientación de la E.S.E., dado que era enteramente incierto el resultado del concurso, en el que el actor tenía probabilidades de ser escogido, pero ninguna seguridad, como finalmente ocurrió.

El juez no tiene razones para censurar que la afinidad política, entendida en sentido técnico, la cercanía partidista o la empatía entre un gobernante y sus "cuadros" como factores de *confianza*, sean los motivos invocados para atraer al servicio a ciertas personas y alejar a otras; es un efecto comprensible de la democracia y de los resultados electorales, que en los cargos de máximo nivel de las organizaciones públicas no está proscrito, como sí ocurre con los empleos subalternos, de simple "administración" de las mismas.

²³ TAC, sentencia del 17 de septiembre de 2008, Jorge Enrique García Pedraza, radicación 2004-01326-01, actor J. H. Hernández. Expresa reiteración en TAC sentencia del 1º de octubre de 2009, ponente Néstor Trujillo González, radicación 850012331001-2003-01317-01 (2008-091).

Esa es la expresión concreta del núcleo discrecional de la facultad nominadora, que del mismo modo que permite escoger a los dignatarios sin dar mayor explicación, también tolera que se los retire de sus cargos con el mismo margen de relativa libertad²⁴.

3.3 Aspectos probatorios. Valoración de testimonios y aporte de documentos por testigos.

¿Es probatoriamente legítima la introducción de documentos por el testigo? ¿Demerita la credibilidad del relato del testigo el que aporte documentos relativos al debate en la respectiva audiencia?

3.3.1 Tesis: Sí es legítimo que el testigo introduzca documentos probatorios en su poder, *que guarden relación con la declaración*, sin que por ello su relato pueda descalificarse por falta de espontaneidad.

3.3.2 La valoración crítica de la prueba oral requiere forzosamente ocuparse de la *personalidad* del testigo tanto como de las *circunstancias* en que se dice haber conocido los hechos que relata y del *contenido* que conforma el núcleo narrativo; todo ello para determinar *credibilidad*. De ahí que sea infundado el reproche al fallo recurrido por examinar precisamente esas variables que el ordenamiento ordena considerar (arts. 176, 211, 220 y 221 del C. G. del P.).

3.3.4 El testigo puede aportar evidencias (art. 221-6 C. G. del P.) sin que por ello pueda descalificarse la fuente oral ni atribuirse falta de espontaneidad. Hay significativa diferencia entre *recitar un libreto* y *preparar adecuadamente* los escenarios para narrar lo que se sepa acerca de un suceso, incluido el aporte de ilustraciones y otras evidencias o medios materiales de prueba que el declarante tenga en su poder, *siempre que sean relacionados con su declaración* (ibídem).

Lo que no es plausible es configurar oportunidad probatoria adicional, no prevista en el CPACA, para introducir al proceso medios de prueba *sin relación con el testimonio*, los cuales preexistían a las fechas en que se introdujeron la demanda o se recorrió el traslado de excepciones; carecen de *relación con la declaración* los documentos que provienen de terceros en cuya producción no tuvo participación alguna el declarante, cuando ni siquiera pueda predicarse que

²⁴ TAC, sentencia del 20 de octubre de 2011, ponente Néstor Trujillo González, radicación 850013331001-2008-00263-01.

solo el testigo haya estado en posesión de la fuente y por ello solo aflora en la audiencia en la que sea oído la posibilidad de acceder a la prueba.

3.3.5 El proceso tiene una secuencia de pasos preclusivos; debe discurrir con entera lealtad entre las partes y su estructura, reducida a un esquema elemental, presupone *imputación concreta con revelación de todos los medios que el demandante pretenda hacer valer* (arts. 162-5, 166-2 y 173-2 CPACA); integración del contradictorio; *réplica o defensa completa con todos los medios que el demandado oponga* (art. 175-4 CPACA); y restringidas compuertas adicionales para descorrer traslado de excepciones y *contraprobar* (arts. 101 C. G. del P. y 212 CPACA), tachar documentos o desconocerlos (arts. 269 y 272 C. G. del P.), contraprobar cuando se decreta prueba de oficio (art. 213 CPACA) y en los eventos en que el juez disponga *distribución de cargas* (art. 167 C. G. del P.).

Nótese que con la salvedad condicionante que autoriza el numeral 6 del art. 221 del C. G. del P., no es la audiencia de testimonios escenario legal para que las partes hagan aportar *longa manus* lo que debieron entregar con demanda, contestación o en las otras precisas oportunidades referenciadas en precedencia. La aducción de pruebas está limitada por los principios de necesidad y oportunidad, entre otros; quebrantar lo segundo genera ilicitud por violación del debido proceso (arts. 164 y 173 C. G. del P. y 214 del CPACA).

4ª El caso concreto. Los reparos probatorios del recurrente

4.1 Lo probado sin controversias

4.1.1 El actor fue escogido en un proceso de "meritocracia" para el cargo de gerente seccional del ICA en Casanare, para el cual fue nombrado el 15 de febrero de 2010 (folios 17 y 19).

4.1.2 El acto acusado, expedido el 27 de noviembre de 2012, declaró insubsistente dicho nombramiento y en la motivación únicamente se invocó la libertad de removerlo (fol. 12). Lo mismo se adujo en la contestación de la demanda (fol. 65).

4.1.3 El demandante fue transitoriamente sustituido por un *titular de carrera de la planta de personal del ICA*, adscrito a la Seccional Casanare, a quien se *encargó* de la gerencia seccional (fol. 209, pruebas). En la época en que se abrió la etapa probatoria todavía no había concluido el *concurso* para escoger otro titular.

4.2 Lo controvertido y las fuentes probatorias censuradas

4.2.1 La parte actora adujo que su desvinculación fue provocada por la interferencia del entonces representante a la Cámara Camilo Abril Tarache ante la autoridad nominadora. Las fuentes de

su dicho son testimonios y el *soporte documental* entregado en audiencias que proviene de una publicación de prensa, a su vez presuntamente sustentada en reproducción de cuadros obtenidos del “computador de palacio”.

4.2.2 El recurso de apelación y las conclusiones de segunda instancia aluden específicamente a los siguientes medios:

Fuente	Relato	Apreciación
Zaida Gisela Zambrano	Fue <i>contratista</i> del ICA y atribuyó su vinculación a las <i>influencias</i> de Camilo Abril, según lo acostumbrado en la Seccional. Dijo que en una reunión de coleadores en Yopal Camilo Abril se comprometió a hacer desvincular al ingeniero Ovalle. Aunque no recordó cuándo fue esa reunión, la ubicó en <i>un mes antes del retiro</i> .	Su percepción directa se contrae a lo que <i>dijo Camilo Abril</i> y a las presuntas prácticas clientelistas en la Seccional Casanare del ICA para proveer cargos y contratar personal. Abril no era la autoridad nominadora.
Julio César Oliveros Gutiérrez	Participó como gerente de otra seccional del ICA en reuniones con el nivel central en Bogotá. Dijo que allá, en el 2011, en Proexpo, la gerente general del ICA <i>hizo el comentario de que Camilo Abril estaba hostigando, estaba exigiéndole solicitándole la gerencia de Casanare</i> . Agregó como fuente <i>documentos periodísticos</i> que a su vez reprodujeron cuadros que presuntamente corresponden a los <i>repartos burocráticos</i> del Gobierno a los parlamentarios; entre ellos el representante Abril, quien solicitó cambio del gerente seccional en septiembre.	Fue el camino a través del cual la parte demandante introdujo los “documentos periodísticos” que atribuye al denominado “computador de palacio”, aportados en medio magnético. Su conocimiento directo es el del <i>comentario</i> que dijo haber oído de la gerente general, en fecha indeterminada del año 2011.
Nelson Riveros	Expuso que <i>después</i> del retiro del demandante conoció comentarios de un servidor del ICA Seccional Casanare que atribuyó a decisiones correctivas contra productores de semillas y a la intervención de Camilo Abril haber provocado la insubsistencia de aquel.	Testimonio de <i>oídas</i> , se limita a reproducir lo que <i>le dijeron</i> personas que a su vez <i>oyeron</i> decir al actor que por el caso de Semillano ahora sí <i>suponía</i> que Abril lo iba a “hacer echar”.
Daniel Fonseca	Trabajó en el ICA Seccional Casanare. Dijo haber <i>oído comentarios</i> que anunciaban el retiro del gerente Ovalle para vincular a <i>un amigo de Camilo</i>	Vía utilizada por la parte actora para introducir el medio magnético de la <i>fuentes periodística radial</i> .

	<i>Abril</i> (Cristian Hurtado). Aludió a <i>comentarios</i> de un periodista en emisión radial del 26 de septiembre de 2013, que se ocuparon de las presuntas <i>artes</i> del señor Abril para sacar al ingeniero Ovalle y del fracaso de la aspiración de Hurtado.	Al igual que el de Riveros, relato de <i>oídas</i> que atribuye a terceros haber dicho lo que el testigo se limita a repetir.
--	---	---

4.2.3 La reseña que antecede permite fijar las siguientes conclusiones acerca de los testimonios:

- i) Los de *oídas*, Riveros y Fonseca, solo permiten saber que esos dos declarantes *oyeron a terceros* referirse al retiro del ingeniero Ovalle, quienes a su vez lo atribuyeron a intervenciones de un parlamentario, pero no dan fe de la manera en que las fuentes primarias presuntamente hayan conocido los hechos que afirman, luego no prueban que efectivamente se haya dado tal *tráfico de influencias* y menos que tal fuera la razón por la que se produjo el acto acusado;
- ii) El de la señora Zambrano reseña lo que *dijo Camilo Abril*, esto es, su presunto ofrecimiento de hacer retirar al ingeniero Ovalle por la inconformidad de algunos sectores agropecuarios sobre los cuales recayó su gestión funcional, sin que baste para atribuir a la autoridad nominadora que tal requerimiento haya sido efectivamente puesto a su consideración y menos que haya sido el *clientelismo* la motivación oculta de la insubsistencia. No era el señor Abril quien detentaba la potestad nominadora ni se probó que sus hipotéticas solicitudes a ella hayan sido atendidas;
- iii) El del señor Oliveros, dejada de lado en gracia de discusión la glosa a su imparcialidad por tener pleito similar por su propio retiro, tan solo ubica el *comentario* de la gerente general acerca de la intromisión del representante Abril en las decisiones de la nominadora, presuntamente ocurrida en el año 2011, fecha vaga, sin que baste para establecer conexidad causal entre ese acontecimiento y un acto expedido cuando ya culminaba el mes de noviembre de 2012. De haber sido cierta y tan poderosa la interferencia irregular de un parlamentario ante la gerencia central, no es comprensible por qué tardó cuando menos once (11) meses en atender sus requerimientos.

Luego las referidas fuentes orales carecen de aptitud para demostrar el presunto *motivo oculto* enteramente clientelista y contrario al ordenamiento que estructura el cargo central de la demanda y de las censuras en la apelación.

4.2.4 En lo que se refiere a los *documentos periodísticos* que la parte actora hizo introducir al plenario en las audiencias de testimonios, además de la ilicitud de la prueba por extemporánea, debe acotarse que ellos *solo prueban la existencia de lo que el periodista o medio de publicación expresa*, pero no necesariamente, menos por sí solos, la *fidelidad de la fuente* que haya utilizado la prensa, ni la concordancia de aquella con la realidad, ni su autoría, la que es indispensable establecer para *oír* al autor en audiencia y obtener su testimonio directo²⁵. Tampoco reemplazan tales *publicaciones* los medios materiales de prueba que dicen reproducir, los cuales tienen que traerse al proceso para contradicción y apreciación judicial directa.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 30561 del 27 de marzo de 2014, Mauricio Fajardo Gómez, radicación 190012331000-2001-00408-01; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 26694 del 6 de marzo de 2013, Olga Mélida Valle de De La Hoz, radicación 250002326000-2000-02363-01; Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa, sentencia PI del 29 de mayo de 2012, Susana Buitrago Hurtado, radicación 11001-03-15-000-2011-01378-00.

De manera que una emisión de comentarios de radiodifusora, acerca de la *interpretación* que el periodista haya dado a hechos ocurridos en el pasado o de sus opiniones acerca del por qué o cómo ocurrieron, nada prueba respecto de los hechos mismos.

Visto a su vez el medio magnético que la parte recurrente atribuye al denominado “computador de palacio”, tampoco prueba cosa alguna diferente al contenido del documento. Y en este nada indica que permita saber cuándo, por quién y con qué fundamentos fue configurado. Desde luego, *decir* que provino al parecer de despachos del Gobierno Nacional no lo transforma en documento público; publicarlo la prensa tampoco le confiere autenticidad ni relevancia probatoria, cuando se desconoce enteramente su origen y la *cadena de custodia* que pudiera permitir preservar su fidelidad y llevar a las *fuentes primarias*, que eran las que correspondía escudriñar si se trataba de construir sólida probanza de semejante especie.

4.3 Debe entonces concluirse que la parte actora no probó la causal de desviación de poder en que fundó sus pretensiones y que los reparos contra las *conclusiones* del fallo recurrido en lo que atañe a pruebas son infundadas. La Sala ha ofrecido una perspectiva valorativa complementaria pero en el mismo sentido; ello impone confirmar la sentencia apelada.

5ª *Otras determinaciones.* Debe precisarse que el procurador judicial no actúa en estos procesos como *policía judicial*; sus conceptos *no son pruebas* ni juicios de valor privativos del juez. Le corresponde, con restricciones relativas al espectro de la misión de la Procuraduría General en los procesos (sentencia C-479/95), ejercer iniciativa probatoria y *conceptuar* (CPACA, arts. 95 y 303), lo que no impide que solicite que se dé noticia a los órganos de control acerca de las presuntas irregularidades que se revelen en el proceso; se trata simplemente del cumplimiento del deber legal de todo servidor público, que el funcionario puede ejecutar por sí mismo, sin esperar a que en su lugar actúe el juez (C. de P.P., Ley 906 art. 67; Ley 734, arts. 69 y 70).

La sentencia recurrida efectivamente no se pronunció acerca de esa noticia que el Ministerio Público pidió se dé a los órganos de control por las imputaciones que los testigos hicieron bajo juramento contra el ciudadano Camilo Abril Tarache, por hechos ubicados en la época en que fue representante a la Cámara por Casanare. Bien pudo hacerlo el procurador directamente; o la parte actora, pues la ley no restringe el derecho a denunciar ante las autoridades penales o disciplinarias tales asuntos.

Pese a ello, se suplirá la omisión de todos (juez, procurador y parte interesada) y se ordenará que por la secretaría del juzgado de origen se remita a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación (ambas nivel central), copia auténtica completa de las siguientes piezas procesales: i) la demanda; ii) el acto acusado; iii) acta de audiencia de pruebas, medio físico y digital; iv) el disco compacto que contiene el documento atribuido por el actor al “computador de palacio”; v) el medio digital que contiene la grabación del programa radial aludido por el testigo Fonseca; y vi) las sentencia de las dos instancias.

Dar *noticia* de las presuntas irregularidades de quien fue servidor público a quien deba ponderar el mérito para desplegar o no acciones penales o disciplinarias *no califica los hechos* puestos en conocimiento del juez; constituye simplemente el cumplimiento del deber legal, pues no compete a este Tribunal, menos en un contencioso de nulidad y restablecimiento contra actos de carácter particular, declarar configurados o excluirlos los presuntos tipos penales o disciplinarios. Basta que el juez identifique elementos estructurales de aquellos en los *hechos* que conozca con ocasión del proceso, no que los declare probados, ni que le corresponda conocer y sancionar los que la Carta y la ley reservan a otras autoridades.²⁶

²⁶ Los descritos por los testigos están previstos en la Ley 734 (Estatuto Disciplinario), art. 48 numerales 40 y 41 y la Ley 600 (Código Penal, art. 411.

6ª Costas²⁷. No hay lugar a ellas contra la parte vencida, pues no se vislumbra temeridad procesal ni conducta impropia. Es la opción interpretativa que viene siguiendo sistemáticamente la Sala, acorde con la cual la *ponderación* a que alude el art. 188 de la Ley 1437 excluye la solución mecanicista del procedimiento civil: no cabe aquí predicar que *el que pierda paga costas*, pues tendrá además que valorarse cuál fue su comportamiento en el litigio²⁸.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Casanare, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1º CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2014 por el juez primero administrativo de Yopal, por la cual desestimó las pretensiones de ÉDGAR ALFONSO OVALLE OVALLE contra el ICA, en lo que fue objeto de apelación.

2º Sin costas en la instancia.

3º ORDENAR que por la secretaría del juzgado se remitan a la Fiscalía General y a la Procuraduría General de la Nación las copias indicadas en el ordinal 5º de las consideraciones de la motivación.

4º En firme lo resuelto, déjese copia del fallo, actualícese el registro y devuélvase el expediente al despacho judicial de primer grado.

NOTIFÍQUESE

(Aprobado en sesión de la fecha, acta _____. NRD Edgar Alfonso Ovalle Ovalle contra ICA, confirma desestimatoria; hoja de firmas 17 de 17).

Los magistrados,


NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ


HÉCTOR ALONSO ÁNGEL ÁNGEL

NTG/Lida


JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BURBANO

*con salvamento parcial
de voto*

²⁷ La procedencia se rige por el art. 188 CPACA; ver también art. 392 del C. de P.C. y arts. 81 y 365 del C.G.P.

²⁸ Sobre condena en costas en el nuevo sistema por audiencias ver: sentencia fundante de línea del 28 de febrero de 2013, expediente 850012333002-2012-00201-00, ponente Néstor Trujillo González. Exactamente en la misma dirección, fallo del 18 de abril de 2013, radicado 850012331001-2012-00213- 00, entre otros, ponente José Antonio Figueroa. La línea es uniforme y ha sido adoptada por la Corporación en pleno desde entonces.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CASANARE
CARRERA 20 N° 8-90 PISO 2, INTERIOR 2
TELEFAX 6356688

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO A LA SENTENCIA PROFERIDA EL 21 DE
MAYO DE 2015 DENTRO DEL SIGUIENTE PROCESO

Referencia:	Radicación No. 850013333-001-2013-00121-01
Acción:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Accionante:	ÉDGAR ALFONSO OVALLE OVALLE
Accionado:	INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO (ICA)
Magistrado ponente	NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ

De manera respetuosa me permito exponer a continuación las razones por las cuales salvo parcialmente voto dentro de la acción referenciada. Ellas son las siguientes:

- 1.- En la sentencia de primera instancia se negaron las pretensiones de la demanda.
- 2.- El fallo de segunda instancia confirmó esa decisión.
- 3.- No obstante lo anterior, en el numeral 5 “*otras determinaciones*”, a pesar de que se dejó claramente establecido que:

- a. *“El procurador judicial no actúa en estos procesos como policía judicial; sus conceptos no son pruebas ni juicios de valor privativos del juez. Le corresponde, con restricciones relativas al espectro de la misión de la Procuraduría General en los procesos (sentencia C-479/95), ejercer iniciativa probatoria y conceptuar (CPACA, arts. 95 y 303), lo que no impide que solicite que se dé noticia a los órganos de control acerca de las presuntas irregularidades que se revelen en el proceso; se trata simplemente del cumplimiento del deber legal de todo servidor público, que el funcionario puede ejecutar por sí mismo, sin esperar a que en su lugar actúe el juez (C. de P.P., Ley 906 art. 67; Ley 734, arts. 69 y 70).*

La sentencia recurrida efectivamente no se pronunció acerca de esa noticia que el Ministerio Público pidió se dé a los órganos de control por las imputaciones que los testigos hicieron bajo juramento contra el ciudadano Camilo Abril Tarache, por hechos ubicados en la época en que fue representante a la Cámara por Casanare. Bien pudo hacerlo el procurador directamente; o la parte actora, pues la ley no restringe el derecho a denunciar ante las autoridades penales o disciplinarias tales asuntos”.

- b. Sin embargo, a renglón seguido se dijo que pese a ello se supliría la omisión de todos (juez, procurador y parte interesada) y que se ordenaría remitir copias de varias piezas procesales ante la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación para que se adelantaran las investigaciones correspondientes, medida que se concretó en el ordinal tercero del fallo.

- 2.- Sobre el particular debo acotar lo siguiente:

- a. De conformidad con el Código de Procedimiento Penal Vigente, artículos 67 y 68, toda persona debe denunciar a la autoridad los delitos de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio; el servidor público que

conozca de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio, iniciará sin tardanza la investigación si tuviere competencia para ello; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento ante la autoridad competente; salvo que se trate de hechos que involucren directamente a la persona, su cónyuge, compañero o compañera permanente o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, o cuando media secreto profesional.

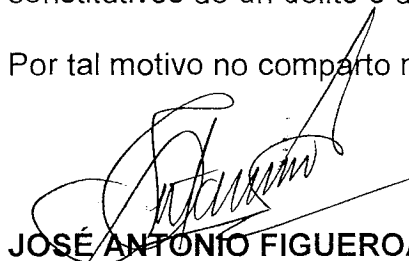
- b. En consecuencia, si el procurador consideraba que se había cometido un delito, él debía formular inmediatamente la denuncia a las autoridades competentes para que se iniciara la respectiva investigación penal y no solicitar al juez que lo hiciera.
- c. Similar predicamento debe hacerse si el señor procurador consideraba que se había cometido una falta disciplinaria, acorde con lo previsto en la Ley 734 de 2002.

3.- Es cierto que los servidores públicos, incluidos los magistrados, tenemos el deber legal de informar las presuntas conductas constitutivas de delitos o de faltas disciplinarias, siempre y cuando se establezca tal situación en desarrollo de la actividad que desempeñamos.

Pero no es congruente que sin que se establezca la posible comisión de presuntos delitos o faltas disciplinarias en el desempeño de la función que realizamos, se compulse copias, supuestamente para cubrir el vacío del juez, del procurador y de la parte interesada.

En el presente caso por ninguna parte aparece cumplida la condición establecida por la ley para el cumplimiento del deber legal mencionado y por lo mismo a mi juicio la compulsa de copias no solo resulta improcedente sino que además contribuye innecesariamente a incrementar el trabajo de la Fiscalía y de la Procuraduría. Otra cosa sería si efectivamente de la actuación se encontraran configurados los elementos constitutivos de un delito o de una falta disciplinaria.

Por tal motivo no comparto ni las consideraciones ni la decisión sobre este tema.



JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BURBANO

Magistrado

Fecha ut supra.

gz